

DA0007  
2013  
Ej. 1

1323718



**EL DERECHO PRIVADO EN LOS CONTRATOS ESTATALES**

**NOMBRE: LUZ MERY DE LA HOZ DE LEON**

**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR**

**ESPECIALIZACION EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**PROMOCION 29**

**BARRANQUILLA**

 **UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR**  
**BIBLIOTECA**  
INSTITUTO DE POSTGRADO

## TABLA DE CONTENIDO

	PAG.
INTRODUCCION .....	1
 INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO EN LA EXTINCION DE LOS CONTRATOS ESTATALES .....	
	3
 1. EXTINCION DE LOS CONTRATOS .....	
	4
1.1. TERMINACION NORMAL .....	5
1.1.1 CUMPLIMIENTO DEL OBJETO .....	5
1.1.2 CONDICION RESOLUTORIA .....	6
1.1.3 NULIDAD .....	13
1.1.4 RECISION.....	19
1.2 EXTINCION ANORMAL.....	20
1.2.1 MUTUO CONSENTIMIENTO.....	20
1.2.2 REQUISITOS DEL MUTUO CONSENTIMIENTO.....	21
1.2.3 EFECTOS DEL MUTUO CONSENTIMIENTO .....	21
1.2.4 IMPOSIBILIDAD SOBREVINIENTE A LA EJECUCION .....	22
1.2.5 FACULTADES EXCEPCIONALES DEL ESTADO .....	23
1.2.6 EXCEPCION DEL CONTRATO NO CUMPLIDO .....	25
1.2.7 MUERTE .....	27
1.2.8 CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR .....	28
1.2.9 REQUISITOS DEL CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR.....	30
 CONCLUSION.....	
	31
 BIBLIOGRAFIA .....	
	33

## INTRODUCCION

El improvisado régimen de los contratos estatales es responsable de tales consecuencias, en razón a que desde la expedición del Código Civil Colombiano, esto es desde 1885, hasta 1941, los contratos estatales estuvieron sujetos al régimen de los contratos de los particulares, es decir al derecho privado y su juez el ordinario, el mismo de los particulares.

Los contratos del Estado desde sus inicios, han recibido una fuerte influencia de los contratos de derecho privado y de la doctrina extranjera que parece que desde un principio fue unánime en adscribirlo al Derecho Administrativo, como derecho de la administración pública.

De allí, que hemos observado que los contratos estatales en un principio con la expedición del Código Civil hacían parte del derecho privado y la única diferencia entre un contrato de derecho privado y uno estatal, para la época - 1885-1941-es que en el primero los dos extremos de la relación contractual eran personas naturales o jurídicas de derecho privado y el segundo de los casos uno de ellos era una persona jurídica de derecho público.

Me refiero a un régimen improvisado de los contratos estatales, porque el legislador hasta entonces no había mostrado la voluntad de expedir un régimen propio de los contratos del Estado, sino que se le fueron introduciendo espontáneamente y en forma no deliberada, sino con el objetivo de que cumpliera en el momento unos efectos controladores a la Administración Pública y a los contratistas particulares, lejos de toda pretensión de expedir un estatuto contractual propio de la administración pública.

## **INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO EN LA EXTINCION DE LOS CONTRATOS ESTATALES**

Los contratos del Estado son esencialmente derecho privado, en cuanto sus contenido normativo son los del derecho común, el régimen de las estipulaciones, la noción de obligaciones, salvo los procedimientos que son mínimos como el de adjudicación y algunas potestades en la ejecución de los contratos que son de derecho público, para garantizar transparencia en la ejecución de los recursos públicos y la garantía del interés general.

- Los contratos estatales son una institución de derecho administrativo, en cuanto constituye una forma bilateral de manifestar la voluntad de la administración y una manera más de invertir los recursos públicos y el Estado de actuar, tal como cuando el Estado expresa su voluntad al otorgar una licencia mediante administrativo.

- Las potestades y facultades públicas no hacen transformación alguna la teoría de los contratos, ya que esta no existe y simplemente diversifica una manifestación más de las teoría clásica de los contratos, en tanto cuando el Estado sea uno de los extremos de la relación contractual puede actuar en dimensiones distintas a la del particular que aplica derecho privado.

Las potestades y facultades públicas no sólo son una atribución de la Administración, sino también de los particulares cuando en sus contratos civiles o comerciales pueden darlo por terminado unilateralmente, indemnizando el que hace uso de tal estipulación a la que sufre el perjuicio.

## 1. EXTINCION DE LOS CONTRATOS

La Constitución prevé los eventos en que el Estado es operante y los medios por los cuales debe manifestarse, los servidores públicos deben estar sometidos a la Constitución, la ley y el reglamento; con base en esto la función pública vela por el interés público en los campos propios de su competencia.

Así se inicia un largo camino que nos llevará al conocimiento profundo de la contratación estatal, para el caso que nos ocupa la extinción del contrato. El estatuto de contratación estatal contenido en la Ley 80 de 1993 será nuestra continua guía ya que debemos estrictamente seguir los lineamientos prescritos en sus preceptos.

El proceso de contratación estatal desde su inicio hasta su culminación, debe regirse por los principios legales normados en la Ley 80 de 1993, la cual tiene por objeto disponer las reglas además de los principios que rigen los contratos de las Entidades Estatales, como tal, de allí que la igualdad contractual es uno de los principales principios que se aplican para poder liquidar los contratos llegando preferiblemente a un acuerdo justo y acomodado a la ley.

El artículo 75 de la precitada Ley, atribuye a la jurisdicción administrativa la competencia para conocer sobre las controversias contractuales. La mencionada norma procura crear entre las partes contratantes un ambiente de equilibrio e igualdad que si bien no alcanza los niveles que son usuales en el derecho privado, si se acerca mucho más a estos parámetros que aquellos que caracterizaron en el pasado la relación entre el contratante y el contratista público, tradicionalmente marcada por el elemento de la desigualdad. En este sentido la legislación amonesta a los servidores públicos que no cumplan con la finalidad de la contratación estatal, buscando el interés general en un buen servicio para todos los conciudadanos.

## **1.1. TERMINACIÓN NORMAL**

### **1.1.1. CUMPLIMIENTO DEL OBJETO**

El objeto del contrato estatal es básicamente la realización de la obra o actividad por parte del contratista para dar cumplimiento a los fines estatales y los de la contratación pública, Es así como a culminar la obra debidamente remunerada se presenta un agotamiento del objeto del contrato que conlleva a la terminación del mismo.

### 1.1.2 CONDICION RESOLUTORIA

Esta puede ser identificada como aquel echo o futuro e incierto, del cual pende la extinción de un derecho (Art 1530, Código Civil). El contrato se resuelve una vez acaecida la condición resolutoria.

Esta condición podrá emanar de la voluntad de las partes o podrá ser fijada legalmente. También tiene lugar, en los contratos bilaterales cuando una de las partes ha incumplido su obligación. De esta manera la parte cumplida podrá solicitar a la otra que está en mora que cumpla o podrá pedir la resolución del contrato. Así, el incumplimiento de una de las partes vendría hacer la condición resolutoria. Esta figura es reconocida como la condición resolutoria tácita, regulada por el Código Civil en el Art 1546de la siguiente manera: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

Los contratos administrativos, son contratos bilaterales, y a pesar de que el art 13 de la ley 80 de 1993 , prevé la posibilidad que en materias no reguladas por dicha ley, se regulen por el ordenamiento civil y comercial, la excepción del contrato no cumplido y la condición de resolutoria tacita artículos 1609 y 1546 del Código Civil, no tienen una aplicación tan general y absoluta como la tiene en el derecho privado y por lo tanto, solo tienen una aplicación excepcional o por lo menos especial.

Esta diferencia con el Derecho privado se debe básicamente a lo establecido, el art 28 de la ley 80 de 1993 el cual sostiene que en las cláusulas y estipulaciones de los contratos estatales se deben tener en cuenta los fines y principios de la administración que buscan la protección del interés público. Luego las normas civiles y comerciales, tendrán aplicación en materia de contratación estatal siempre y cuando estas no sean incompatibles con los fines y principios que regulan dicha materia. En materia como la excepción de contratos no cumplidos y la condición de resolución tácita, consagradas en el derecho privados para la protección de la reciprocidad de las prestaciones de los contratos bilaterales, se debe tener en cuenta la protección del interés público y su prevalencia sobre el interés particular, Por tanto, no podrán ejercerse estas acciones tal como tienen cabida en el derecho privado, porque atentarían contra los fines de la contratación estatal.

El Consejo de Estado Sección tercera, sentencia del 31 de enero de 1991, M.P. Julio Cesar Uribe Acosta, se pronunció al respecto y sostuvo lo siguiente "la sala se inclina por la tesis de quienes predicán que la exceptio non adimpleti contractus si tiene cabida en la contratación administrativa, pero no con la amplitud que es de recibo en el derecho civil, puyes se impone en dejar a salvo el principio de interés público que informa el contrato administrativo. El contratista en principio está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados, a no ser que por las consecuencias

económicas que se desprendan del incumplimiento de la administración se genera una razonable imposibilidad de cumplir para la parte que se allanare a cumplir, pues en un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado. No basta que se registre un incumplimiento cualquiera para que la persona que ha contratado con la administración por sí, y ante sí debe cumplir sus deberes jurídicos. Será el juez en cada caso en concreto el que valorará cada circunstancia particulares del caso para definir si la parte que puso en marcha la excepción de contrato no cumplido, se movió dentro del marco de la lógica razonable o no.

En los contratos estatales cuando una de las partes ha incumplido el contrato, se señalan otros medios sancionatorios, que para el caso de la administración, le podrá imponer el cumplimiento del contrato del contratista, y para el caso del contratista cumplido, le podrá exigir a la administración los daños y perjuicios que se le causaron por su incumplimiento, por medio de la acción de responsabilidad contractual.

A diferencia de lo que sucede con el particular incumplido, si es la administración quien incumple, el particular no podrá pedir el cumplimiento del contrato por el privilegio del *facere*<sup>1</sup> del cual goza la administración.

---

1. ESCOBAR GIL, Rodrigo, *teoría general de los contratos de la administración pública*, pág. 276.

De esta manera el contratista no podrá acudir a la acción de cumplimiento para obligar a la administración a continuar con un proyecto que la misma ha decidido no continuar. Sin perjuicio a que se le indemnicen los perjuicios que se le hubiesen causados. Esto a diferencia a lo que ocurre con las acciones ejecutivas del contratista, donde si podrá pedir la acción de cumplimiento de aquellos créditos que tienen su origen en el contrato, y cumplan con el requisito e ser título ejecutivo.

*Prerrogativa que tiene su origen en la Revolución francesa, en virtud de la cual cuando por razones eminentemente políticas se proclamó la regla general que las jueces no podrían entrometerse en los asuntos del ejecutivo. Así el Juez del contrato tiene unos poderes limitados en relación con la administración pública, que le impide darle requerimiento para el cumplimiento de sus obligaciones.<sup>2</sup>*

---

*Teoría General de los Contratos de la Administración Pública.*

En cuanto a la acción resolutoria del contrato, esta tampoco tiene cabida con la amplitud que se consagró en el derecho civil, y por tanto solo se aplica excepcionalmente en el derecho administrativo. Así, frente al incumplimiento del particular, el Estado podrá caducar, dar por terminado, multar... etc, al contratista. Si el que incumple es el Estado, el contratista solo excepcionalmente podrá pedir la resolución del contrato, por la prevalencia del interés público.

---

2. *Ibidem. ESCOBAR GIL, Rodrigo, teoría general de los contratos de la administración pública, pág. 276.*

La acción resolutoria del art. 1546 del Código Civil, en principio no se aplica ante el incumplimiento de la administración, salvo que esta sea de tal gravedad que el contratista está en una situación que razonablemente imposibilite la ejecución del objeto del contrato. Al igual que con la figura anterior, esta tiene cabida, pero con un alcance limitado, basándose básicamente en sus mismos argumentos.

También en materia de contratación administrativa la figura de la condición resolutoria tacita tiene aplicación pero encuentra unos matices como que en el evento de un incumplimiento por parte de la administración el contratista no puede pedir el cumplimiento del contrato por parte de la misma, sino que solo puede exigir la resolución más el pago de los perjuicios. Además, el contratista debe demostrar tanto el incumplimiento de la obligación contractual como el daño que le produjo el mismo.

Luego, podemos concluir que para ambas figuras, la aplicación debe hacerse concretamente y deberá valorarse las circunstancias razonables que suspendan el cumplimiento de sus obligaciones, teniendo en cuenta las obligaciones reciprocas y la relevancia del hecho de la administracion<sup>3</sup>.

---

3. Consejo de Estado, sección tercera. Sentencia enero 31 de 1992 M.P. Julio Cesar Uribe mayo 15 de 1992 M.P. Daniel Suarez Hernández.

Además el incumplimiento del estado debe ser determinante y de tal grado e importancia suficiente para generar la imposibilidad de cumplimiento del contratista, por lo tanto en cada caso concreto se deben apreciar las clases de obligaciones y su proyección en el contrato, de tal forma que se establezca un real equilibrio entre las obligaciones cuyo respectivo incumpliendo pueda generar la excepción del contrato no cumplido<sup>4</sup>.

El Consejo de estado, Sección tercera, reconoce la posibilidad de aplicación de la condición resolutoria tácita en los contratos estatales, específicamente en el de arrendamiento, en providencia de julio 9 de 1998 M.P. Ricardo Hoyos, de la siguiente manera : El contrato de arrendamiento es por esencia de tracto sucesivo y su objeto se traduce fundamentalmente en el uso y goce de un bien por el arrendatario a cambio del pago de un canon al arrendador y se gobierna principalmente por las normas de derecho privado (Art 13. Ley 80 de 1993) De ahí que ante el incumplimiento de las obligaciones por parte del arrendatario bien puede el dueño del inmueble hacer uso de la condición resolutoria que contempla el artículo 1546 del Código Civil.

**Efectos de la Excepción de Contrato No cumplido alegado por el Contratista:**

El contrato se suspende, hasta tanto la administración cumpla por el término que se suspendió la obra, se prorroga el plazo de la obra.

---

4. Consejo de Estado Sección tercera. Sentencia 15 de mayo de 1992. M.P. Daniel Suarez Hernández.

---

No es causal de terminación o extinción del contrato sino causal para no continuar con el mismo, hasta tanto la administración cumpla. Solo procede la terminación del contrato, cuando vence el plazo del contrato. Sin que la administración cumpla.

La administración se constituye en mora, y por tanto el contratista esta eximido de toda responsabilidad, puesto que si la administración no ha cumplido, no puede exigirle al contratista que cumpla.

El contratista tendrá derecho a exigir la indemnización de los perjuicios de que le causaron por el incumplimiento de la administración.

Mientras la condición resolutoria no se cumpla, el contrato produce todos sus efectos.

Si la condición es fallida el contrato sigue produciendo sus efectos hasta la consumación de los mismos.

Si la condición se cumple, el contrato carece de eficiencia, desde el momento de su acaecimiento. Por tanto, se termina el contrato, pero al igual que con la figura anterior, se le deben reconocer los gastos incurridos hasta el momento.

---

### 1.1.3 NULIDAD

Las nulidades son instituciones del derecho privado pero se aplican a la contratación estatal pues su régimen jurídico es adaptado a esta, es por ello que para el estudio de los artículos 40 y subsiguientes de la ley 80 de 1993, se debe considerarlos aspectos básicos del Código Civil.

La nulidad es un vicio que invalida los actos y contratos cuya existencia es perentoria bien lo explica Sandoval. "Los actos o contratos al ser declarados nulos, produce efectos hacia atrás, ex tunc, retroactivos o ab initio, desde su nacimiento o comienzo del acto o contrato e impide que se continúen produciendo efectos en el tiempo futuro, cortando de tajo su existencia y efectividad."<sup>5</sup>

Esta se presenta en el evento en que falte un requisito establecido legalmente para valor del acto jurídico.

La Ley 80 de 1993, en el artículo 44, consagra de manera expresa las causales que dan lugar a la nulidad absoluta del contrato, norma cuyo tenor literal es el siguiente:

**"Artículo 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:**

---

5. SANDOVAL ESTUPIÑAN, Luz Inés Contratación Estatal en el estado colombiano. Editorial Ibáñez Bogotá 2009. Pág. 321

1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder; 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y 5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley”.

La norma pre transcrita adoptó como causales de nulidad de los contratos estatales aquellas que se encuentran previstas en el derecho común, al tiempo que estableció otras, propias de la contratación estatal, razón por la cual resulta pertinente hacer referencia a las normas del Código Civil que regulan la nulidad de los contratos.

La Ley 80 de 1993, en el artículo 44, consagra de manera expresa las causales que dan lugar a la nulidad absoluta del contrato, norma cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 44. De las causales de nulidad absoluta. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: 1o. Se celebren con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley; 2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; 3o. Se celebren con abuso o desviación de poder; 4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se

fundamenten; y 5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.”<sup>6</sup>.

La norma pre transcrita adoptó como causales de nulidad de los contratos estatales aquellas que se encuentran previstas en el derecho común, al tiempo que estableció otras, propias de la contratación estatal, razón por la cual resulta pertinente hacer referencia a las normas del Código Civil que regulan la nulidad de los contratos.

El artículo 6º del C.C., establece: *“En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos.*

En cuanto a la nulidad de los actos y contratos, en materia civil, el artículo 1741 prescribe lo siguiente: *“La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas...”*.

---

6. Ley 80 de 1993, Artículo 44.-

De otra parte, el artículo 1519 de la misma codificación dispone: *"Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto;* norma que se complementa con lo establecido en el artículo 1521, a cuyo tenor, también hay objeto ilícito cuando se enajenan cosas que no están en el comercio, como los bienes de uso público; cuando se enajenan derechos y privilegios que no pueden transferirse a otra personas, como en los bienes gravados, o con limitaciones en el ejercicio de la propiedad; o en la disposición de cosas embargadas por decreto judicial. Y de conformidad con el artículo 1523 del C.C., hay objeto ilícito cuando los actos jurídicos se encuentren prohibidos por las leyes.

Sucede entonces que en la legislación civil, la nulidad absoluta de tales actos o contratos deviene, entre otras, por la contravención de normas imperativas del ordenamiento jurídico en cuanto ello resulta constitutivo de ilicitud en el objeto, cuestión que, como ya se dijo, fue incorporada expresamente por el régimen de contratación estatal.

Interesa al *sub lite* el examen de la causal establecida en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, norma a cuyo tenor los contratos del Estado son absolutamente nulos cuando *"se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal"*.

Del contenido y alcance del texto de esta norma se infiere que para que ésta causal de nulidad absoluta del contrato se configure, se requieren los siguientes presupuestos: *i)* La violación del régimen de prohibiciones consagrado en normas constitucionales o en normas legales o en cualesquiera otras con fuerza de ley; por lo tanto, la violación de otra clase de normas que no sean de rango constitucional o que carezcan de fuerza de ley no genera vicio de nulidad en el contrato, como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala y, *ii)* La prohibición respectiva, establecida en la Constitución Política o en la Ley debe ser **expresa**, como también lo ha sostenido la jurisprudencia, según lo refleja el siguiente pronunciamiento:

Hay que añadir, a fin de precisar adecuadamente el alcance del art. 44.2 de la Ley 80 de 1993, que, además de que la prohibición debe estar contenida en la Constitución o en la ley, en los términos dichos, la prohibición constitucional o legal ha de ser expresa, bien en relación con *i)* el tipo contractual, como cuando las normas no permiten que el Estado haga donaciones a los particulares –art. 355 CP-, o en relación con *ii)* la celebración de un contrato, dadas ciertas condiciones, como cuando no se autoriza que una concesión portuaria supere 20 años –ley 1 de 1991-, o un comodato supere 5 años –ley 9 de 1989, etc.

De modo que no toda irregularidad o violación a la ley o a la Constitución, configura la celebración de un contrato “... contra expresa prohibición constitucional o legal.” Es necesario analizar, en cada caso concreto, el

contenido de la norma, para determinar si contempla una prohibición a la celebración de un contrato o si contiene simplemente otro tipo de requisitos, cuya trasgresión o pretermisión pudiera generar la nulidad absoluta del contrato o una consecuencia diferente.

Bajo esta perspectiva, se tiene que si con la celebración de un contrato estatal se violan normas constitucionales o legales, ello acarrea como consecuencia la nulidad absoluta del respectivo contrato, por cuanto toda vulneración del ordenamiento jurídico en asuntos de orden público dará lugar a la ilegalidad del acto correspondiente; pero no toda violación de normas constitucionales o legales en la celebración de contratos dará lugar a que se configure la causal de nulidad absoluta prevista en el numeral 2º del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, puesto que para ello deben concurrir los dos presupuestos que se han dejado señalados: violación del régimen de prohibiciones y que la prohibición sea expresa y explícita.

En el derecho privado si el contrato es de ejecución sucesiva y adolece de nulidad se termina el mismo pero sin efectos retroactivos, al igual que en el contrato estatal, por esto alguno autores hablan de terminación de contratos de ejecución sucesiva y no de nulidad porque no hay efectos retroactivos. No obstante en el derecho privado, a diferencia de la contratación estatal, si la nulidad se presenta por objeto o causa ilícita existe acción de repetición para exigir lo debido puesto que lo ilícito no puede generar beneficio para quien lo ha celebrado.

#### 1.1.4 RECISION

Acogiendo lo establecido por el Código Civil, el art 48 del estatuto de contratación estatal, establece que las causales de la rescisión o de la nulidad relativa, son todos aquellos vicios que se presenten en los contratos diferentes de los señalados como nulidad absoluta y que conforme al derecho común constituya nulidad relativa.

Así procediendo por vía de exclusión la rescisión se presenta por vicios de la voluntad como el error, la fuerza o el dolo, la lesión enorme y la incapacidad relativa.

Actualmente, adolecen de incapacidad relativa los disipadores en interdicción judicial y los menores adultos.

La legitimación para invocar la nulidad relativa la tienen aquellas personas en cuyo favor se estableció, siempre que estas sean capaces, pues de no serlo deben actuar judicialmente por medio de sus representantes legales.

**La Nulidad relativa es eminentemente rectificable por parte de los interesados y se puede sanear por el transcurso del tiempo, dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio.**

El caso de la Fuerza este tiempo se cuenta desde que hubiese cesado la misma en el caso de error o dolo desde el día de la celebración del contrato y en el caso de la incapacidad legal desde que esta se haya cesado.

Al sanearse la nulidad relativa por el transcurso del tiempo el acto se convalida y la nulidad de la que se adolecía desaparece.

El art 49 de la ley 80 de 1993 establece que en el evento en que se presente un vicio de forma o procedimiento que no genere nulidad absoluta ni relativa el jefe o representante legal de la entidad puede sanearlo mediante acto motivado siempre que las necesidad del servicio lo exige o las reglas de la buena administración lo aconseje.

La Nulidad puede recaer sobre una o algunas de las cláusulas del contrato, esto no invalida la totalidad del mismo salvo, que esto no pudiese ejecutarse sin la parte que adolece de la nulidad.

## **1.2 EXTINCION ANORMAL**

### **1.2.1 MUTUO CONSENTIMIENTO**

Los contratos estatales pueden terminar por el mutuo consentimiento, este es el negocio jurídico mediante el cual quienes participaron en la celebración del primer contrato lo dejan sin efecto. Atendiendo el viejo aforismo de que “ todo se deshace como se hace” la revocación de los contratos requiere de otra convención entre quienes participaron en su celebración las partes buscan directa y reflexivamente privar la eficacia de los efectos. Así, el contrato se termina con el concurso de voluntad de la entidad estatal y del contratista.

**1.2.2 REQUISITOS DEL MUTUO CONSENTIMIENTO:** Este está sujeto a los mismos requisitos de la formación de las convenciones. Así, es el resultado de la convergencia de la oferta y la aceptación de dar por terminado el contrato.

El mutuo consentimiento se fundamentan en el postulado de la autonomía de la voluntad puesto que este faculta a los contratantes tanto para crear relaciones jurídicas, como para modificarlas y extinguirlas la autonomía de la voluntad deja sin efecto las obligaciones libremente consentidas por la entidad estatal y el contratista.

### **1.2.3 EFECTOS DEL MUTUO CONSENTIMIENTO**

Las partes pueden dejar sin efectos el acto o negocio jurídico, dichos efectos pueden ser futuros aun no cumplidos o pueden ser aquellos que ya han sido consumados. Frente a los últimos lo que las partes pueden hacer es retrotraerlos restituyendo las cosas al Estado anterior a la celebración del contrato cuando fuere posible.

Si las partes guardan silencio, mutuo consentimiento sólo opera respecto de los efectos pendientes, pero las partes también pueden convenir en cuanto a retrotraer efectos ya cumplido.

#### **1.2.4 IMPOSIBILIDAD SOBREVINIENTE A LA EJECUCION**

La imposibilidad sobreviniente es una circunstancia que impide la ejecución del contrato con posterioridad a su celebración y otorgamiento. Si sobreviene la imposibilidad la obligación se extingue puesto que nadie está obligado a lo imposible.

De esta última norma se desprende para la administración pública la obligación de terminar unilateralmente el contrato por la concurrencia de vicios que afectan su validez, sin necesidad de acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a diferencia de lo que sucede en los contratos entre particulares, en los que la declaratoria de nulidad de los actos y negocios jurídicos es una materia reservada exclusivamente al juez.

Se trata, por tanto, de una potestad que le permite a la entidad pública extinguir el vínculo jurídico cuando se presenta una causal de nulidad absoluta en su formación o su celebración, que constituye una sanción que el ordenamiento positivo contempla por la transgresión de las normas superiores a las cuales debe estar sometido el contrato.

Se le otorga a la administración el privilegio de la autotutela declarativa con el fin de velar por la legalidad de sus contratos, esto es, se la revistió de la facultad de darlos por terminados sin necesidad de pronunciamiento judicial, en tanto está en la obligación de obrar de tal manera cuando en el contrato

concurra cualquiera de estas tres circunstancias: i) cuando se haya celebrado con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad, ii) o contra expresa prohibición constitucional o legal o iii) cuando se declare la nulidad de los actos administrativos en que se fundamenta el contrato.

Ya desde los decretos ley 150 de 1976 y 222 de 1983, se imponía a la Administración la obligación de terminar los contratos que infringieran el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, sin que hubiera lugar al reconocimiento o pago de indemnización alguna (arts. 11 y 13, respectivamente) y con una mejor técnica la ley 80 mantuvo para la administración esta potestad, sumada a la ocurrencia de otras circunstancias, todas encaminadas a preservar el ordenamiento jurídico.

Si ante la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades la entidad contratante tiene la potestad -o mejor la obligación- de dar por terminado el contrato en el estado en que se encuentre, sin que requiera de decisión judicial previa que declare la nulidad del contrato, no puede afirmarse prima facie, que el acto de adjudicación que resulte viciado de nulidad por violación del mismo régimen por parte del adjudicatario que todavía no es en rigor jurídico el contratista porque falta la formalización del contrato, sea irrevocable.

No parece lógico que ante la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades la entidad pública contratante pueda unilateralmente dar por terminado el contrato y liquidarlo en el estado en que se encuentre y no pueda,

por el contrario, dejar sin efectos el acto mediante el cual adjudicó el contrato por la ocurrencia de la misma razón, con el argumento de que ese acto es irrevocable.

La imposibilidad se debe referir a la integridad del contrato, o a una parte esencial que de no cumplirse las partes desearían que el contrato termine puesto que era el fin perseguido por estas la imposibilidad sobreviniente no siempre libera al deudor puesto que si esta constituye por su culpa o negligencia debe indemnizar los perjuicios al otro contratante.

#### **1.2.5 FACULTADES EXCEPCIONALES DEL ESTADO**

La administración puede caducar o terminar unilateralmente el contrato según lo establecido por el art 14 de la ley 80 de 1993. Estos poderes se le otorgan a la administración con el propósito de salvaguardar el interés público.

Las características antes mencionadas, van dirigidas hacia el cómo han de aplicarse las cláusulas exorbitantes, que a dar respuesta sobre las características de las potestades excepcionales, y por lo tanto no pueden ser el fundamento para determinar cuáles son dichas potestades excepcionales del Estado en la Contratación Estatal

Es por esto que, para poder plantear una serie e características que sean esenciales a las cláusulas exorbitantes, debemos remitimos a las definiciones de cláusulas exorbitantes, y a lo preceptuado en el artículo 14 de la ley 80 de 1993 y

en la normas que posteriormente la han modificado o complementado podemos determinar una serie de características que ha de tener una potestad o cláusula para ser considerada como excepcional.

Mas que una potestad de la administración para la aplicación de las clausula, se podría decir que la ejecución de las mismas se compara más con el cumplimiento de un deber letal de la entidad contratante, toda vez que, como lo indica el numeral 1º del Art. 14 de la ley 80 de 1993, las entidades contratantes “tendrían la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”

Como se observa, las potestades excepcionales de la administración en el contrato estatal, se derivan de la responsabilidad que tienen las mismas en el control y en la ejecución del contrato estatal, por lo que las mismas no deben ser aplicadas al capricho del Estado, sino como el medio más adecuado para el ejercicio más adecuado para ejercer el control y la vigilancia encomendados.

#### **1.2.6 EXCEPCION DEL CONTRATO NO CUMPLIDO**

El art 1609 del código civil establece: “en los actos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte o no se allane a cumplirlo en forma o tiempo debido”

En este orden de ideas, en un principio las dos partes tienen la obligación de cumplir y esta continúa así cualquiera de ellos incumpla, en el evento que en que ninguno de los dos contratantes cumplan no se puede constituir en mora.

La excepción del contrato no cumplido está íntimamente vinculado con el concepto de los contratos bilaterales.

Los requisitos de esta figura son los siguientes:

- El demandado, puede ser la entidad estatal o contratista, no debe haber cumplido o no se ha allanado a cumplir.
- El demandante no debe estar obligado a cumplir primero.
- Debe existir reciprocidad de los obligados.

El consejo de Estado. Ha reconocido la posibilidad que el contratista aplique la denominada "exceptio non adimpleti contractus", siempre que el incumplimiento de la administración impida que el contratista ejecute sus obligaciones situación que se manifiesta cuando la administración no paga oportunamente las sumas de dinero con las cuales el contratista debe desarrollar la obra o actuación.

El Consejo de Estado, Sección Tercera. En sentencia de enero 31 de 1991. M. P. Julio Cesar Uribe Acosta Sostiene: " la sala se inclinan por las tesis de quienes predicán que la excepción "exceptio non adimpleticontractus" si tiene cabida en la contratación administrativa, pero no con la amplitud que es de recibo en el derecho civil, pues se impone dejar a salvo el principio del interés público que informa el contrato administrativo. El contratista, en principio, está obligado a cumplir con su obligación, en los términos pactados a no ser que por las consecuencias económicas que se despenden del incumplimiento de la obligación, se genera una razonable imposibilidad de cumplir para la parte que se allanare a cumplir pues es un principio universal de derecho enseña que a lo imposible, nadie está obligado. No obsta, que se registre un incumplimiento cualquiera, para que la persona que ha contratado con la administración por si y antes si deje de cumplir con sus deberes jurídicos... Será el Juez, en cada caso concreto, el que valorara las circunstancias del caso para definir si la parte que puso en marcha la "exceptio non adimpleticontractus" se movio dentro del marco de la lógica razonable o no.

### 1.2.7. MUERTE

Como lo mencionamos en la cláusula de la terminación unilateral la muerte del contratista, si es persona natural, o su disolución si es persona jurídica origina la terminación del contrato.

Esto atendiendo a que el contrato estatal es intuito personae y por tanto la entidad estatal lo celebros considerando las calidades del contratista.

### 1.2.8 CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

Cuando se trata de responsabilidad civil, existen eximentes de responsabilidad las cuales en un proceso se pueden alegar, como por ejemplo la fuerza mayor y el caso fortuito que según lo establecido en el código civil es un imprevisto que no se puede resistir.

Bajo los preceptos de lo que establece el código civil en su artículo 64 que fue subrogado por la ley 95 de 1890 artículo 1, si algo es predecible no se considera fuerza mayor o caso fortuito, además de que se requiere que no sea previsible debe ser imposible de resistir.

Que es algo imprevisto, el mismo código civil en el artículo 56 habla de un terremoto; en cuanto a la imposibilidad de resistir es algo que se le sale al ser humano de sus manos que no puede controlar.

Al respecto el Consejo de Estado, Sección tercera en sentencia de febrero 26 de 1998 M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, afirma. " La fuerza mayor en efecto es causa exterior" externa al demandado que lo exonera de responsabilidad en todo los casos, a l paso que el caso fortuito es causa desconocida pero no exterior al demandado por cuanto precisamente la causa inmediata del daño es imputable de todas manera a la estructura misma de la cosa o actividad por la que se debe responder el demandado. Si bien la casual desconocida demuestra la ocurrencia de culpa del demanda, por no serle exterior no suprime la imputación del daño"<sup>7</sup>.

---

7. Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia de mayo 18 de 1994. M.P, Carlos Betancourt Jaramillo, sentencia del 16 de septiembre de 1997. M.P. Ricardo Hotos Duque

La Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en su sentencia de 27 de febrero de 2009, referencia 73319-3103-002-2001-00013-01 se refiere al tema de la siguiente manera:

*“La fuerza mayor o caso fortuito, de antaño, ha sido objeto de profundos análisis doctrinales y jurisprudenciales, tanto a nivel nacional como foráneo, y que las diversas posturas que, desde uno y otro ámbito, tanto en Colombia como en otras latitudes, se han adoptado con el paso del tiempo, evidencian la evolución de muchos de los conceptos que conforman los aspectos centrales de dicha problemática, estructural y relevante en el derecho de daños, pues atañe directamente con el presupuesto de causalidad que necesariamente ha de estar presente para determinar la procedencia de una reparación de perjuicios.”*

Según lo establecido por la jurisprudencia de la Corte suprema de justicia en cuanto a la impresivilidad se deben analizar los siguientes aspectos para concluir que se configura:

Normalidad y frecuencia.

Probabilidad de su realización.

Carácter impensado, excepcional y sorpresivo

En cuanto a que la fuerza mayor y el caso fortuito deben ser irresistibles en la misma sentencia la Corte expreso lo siguiente: *“Aquel estado predicable del sujeto respectivo que entraña la imposibilidad objetiva de evitar ciertos efectos o consecuencias derivados de la materialización de hechos exógenos -y por ello a él ajenos, así como extraños en el plano jurídico- que le impiden efectuar determinada actuación, lato sensu. En tal virtud, este presupuesto legal se encontrará configurado cuando, de cara al suceso pertinente, la persona no pueda o pudo evitar, ni eludir sus efectos”*

---

Por último en la misma sentencia la corte concluyó que para que la fuerza mayor y el caso fortuito se den como eximentes de responsabilidad es necesario que coexistan la imprevisibilidad y la irresistibilidad.

La fuerza mayor y el caso fortuito son pues, circunstancias imprevisibles que sobrevienen una vez celebrados el contrato y llevan a que este termine.

### **1.2.9 REQUISITOS DEL CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR**

El hecho debe ser irresistible. Es decir, el fenómeno constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor debe poner al demandado – a pesar de sus mayores esfuerzos – en una situación de imposibilidad absoluta y permanente de cumplir (en materia contractual) o de evitar el daño (en materia extracontractual).

El hecho debe ser imprevisto. Es decir, debe ser un evento de un carácter tan remotamente probable y súbito que ni siquiera una persona diligente hubiera razonablemente tomado medidas para precaverlo.

El hecho debe ser jurídicamente ajeno al causante del daño. Es decir, el fenómeno constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito debe haberse producido sin contribución o culpa alguna del demandado.

La exigencia de la demostración de la naturaleza imprevista e irresistible del fenómeno alegado como fuerza mayor o caso fortuito lleva implícita la prueba de la debida diligencia del demandado.

La fuerza mayor o caso fortuito proceden como causales de exoneración de responsabilidad civil, pues desvirtúan la culpa del agente como también la causa del daño.

## CONCLUSION

La extinción del contrato estatal se presenta por las mismas causas que establece la legislación civil, estas son el cumplimiento del objeto, el acaecimiento de la condición (Art . 1530 Código Civil), mutuo consentimiento, caso fortuito o fuerza mayor, excepción de contrato no cumplido y la nulidad (Art.1609, Código Civil).

En esta última la Ley 80 de 1993 acoge las mismas causales del ordenamiento civil, pero consagra unas adicionales en el art 44.

En materia de nulidad se adopta lo establecido en el Código Civil en cuanto a las causales de nulidad, en cuanto a su legitimación, ratificación y saneamiento. Acogiendo lo establecido por el Código Civil, el art 46 del Estatuto de Contratación Estatal, establece que las causales de la rescisión o de la nulidad relativa son todos aquellos vicios que se presente en los contratos diferentes de los señalados como nulidad absoluta y que conforme al derecho común constituya nulidad relativa. En el caso de la fuerza este tiempo se cuenta desde que se hubiese cesado la misma. En el caso de erro o dolo desde el día de la celebración del contrato y en el caso de la incapacidad legal desde que esta haya cesado.

De esta manera, el contrato estatal se rige por la estructuración establecida por el ordenamiento privado, conservando solo unos aspectos propios del derecho administrativo.

En suma los contratos estatales comparten los grandes lineamientos del derecho privado por tanto estos se deben tener en cuenta para poder interpretar correctamente la ley 80 de 1993, haciendo la salvedad que debido al interés público que persigue este tipo de contratos, en algunos puntos se alejan de esta norma, circunstancia en que se aplicara exclusivamente la ley 80 de 1993.-

## **BIBLIOGRAFIA**

1. **CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Cuarta. Jurisprudencia**
2. **CORTE CONSTITUCIONAL. Jurisprudencia**
3. **GACETA DEL CONGRESO. Exposición de Motivos de la Ley 80 de 1993.**
4. **ESCOBAR GIL RODRIGO. Teoría General de Los contratos de la Administración Publica. Legis Editores.**
5. **SANDOVAL ESTUPIÑAN LUZ INES. Contratación Estatal en el estado colombiano. Editorial Ibáñez Bogotá 2009.**